UMA REFLEXÃO OBRIGATÓRIA PARA SILENCIAR OS SINOS
A REFLECTION MANDATORY TO SILENCE THE BELLS

SILVA JÚNIOR, Nelmon J.[1]

RESUMO: Ensaio sobre Garantismo enquanto Sistema Processual Penal, frente à necessária constitucionalização do direito (processual) penal.
PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Universais. Direito. Hermenêutica. Hierarquia. Leis. Modelo. Política. Criminal. Poder. Punitivo. Estado. Garantismo. Liberdade. Cidadão.

ABSTRACT: Essay on Garantism while System of Criminal Procedure, the required front constitutionalization of law (procedural) criminal.
KEYWORDS: Principles. Universal. Right. Hermeneutics. Hierarchy. Laws. Model. Policy. Criminal. Power. Punitive. State. Garantism. Freedom. Citizen.

Tenho o hábito de arquivar pequenos textos publicados em jornais, ou mídias similares, por próximos dez anos. Ao processar citado hábito (leia-se, jogar fora o que não presta), deparei-me com os dois arquivos (da mesma época) aqui compartilhados: *Muito preocupa os poderes públicos e a sociedade o problema da superlotação dos presídios que, além de constituir afronta à dignidade humana, é, muitas vezes, causa de motins e rebeliões. [...] freqüentemente sugere-se a construção de novos presídios para cumprimento de pena em regime fechado, relegando-se a segundo plano a construção de estabelecimentos para cumprimento de pena em regime semi-aberto. [...,] O regime semi-aberto de cumprimento de pena é positivo por permitir um contato paulatino do apenado com a sociedade, por estar relacionado a um menor número de fugas e de reincidência, e por conferir ao condenado uma perspectiva de liberdade que, sem sombra de dúvidas, freia os "instintos" de rebelião. Sendo muito mais econômico que o regime fechado. [...] Está-se apenas defendendo que aqueles apenados que fazem jus a esse tipo de regime sejam colocados em estabelecimentos*

1 **CIENTISTA E ESTUDIOSO DO DIREITO (PROCESSUAL) PENAL - CV Lattes:** http://lattes.cnpq.br/7382506870445908
1.MANTENEDOR DOS BLOGS CIENTÍFICOS:
http://ensaiosjuridicos.wordpress.com - http://propriedadeindustriallivre.wordpress.com
2. CIENTISTA COLABORADOR: Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Portal de e-governo) http://www.egov.ufsc.br/portal/ - Glocal University Network http://www.glocaluniversitynetwork.eu/ (ITA)
3. MEMBRO: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA (AL); Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC; Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM; Associação dos Advogados Criminalistas do Paraná – APACRIMI; International Criminal Law – ICL (EUA); National Association of Criminal Defense Lawyers (EUA).
4. MEMBRO FUNDADOR: Associação Industrial e Comercial de Fogos de Artifícios do Paraná/PR; e AINCOFAPAR (Conselheiro Jurídico), Associação Bragantina de Poetas e Escritores
5. COLABORADOR DAS SEGUINTES MÍDIAS: www.arcos.org.br - www.conteudojuridico.com.br - http://artigocientifico.uol.com.br - http://www.academia.edu/ - http://pt.scribd.com/ - http://www.academicoo.com/
6. AUTOR DOS SEGUINTES LIVROS CIENTÍFICOS: Fogos de Artifício e a Lei Penal; Coletâneas; e Propriedade Intelectual Livre.
7. AUTOR DOS SEGUINTES LIVROS LITERÁRIOS: Nofretete, Copo Trincado, e Valhala.

adequados. Em outras palavras, que se cumpra a lei. (Miguel Reale Júnior - O Globo, em 21.05.2002).

Fernando Tourinho Neto, diz que está preparado para ser o alvo da revolta e da frustração da população que quer Justiça rápida. Mas reclama dos juízes de primeira instância, que, na sua opinião, exageram na interpretação da lei sobre prisão preventiva. [...] Os juízes de primeira instância têm de colocar uma coisa na cabeça: enquanto não mudar a Constituição, só pode ser preso se condenado. Questionado sobre o caso Jader Barbalho, respondeu: *Acho que o juiz fez isso para agradar ao povo. E o povo acaba ficando bravo é comigo! Sei disso... Ontem recebi telefonemas de parentes meus de Salvador, brigando comigo. Diziam: "Como você faz uma coisa dessas? Soltando um ladrão!" Nem tento explicar mais. Ninguém quer saber de explicação, quer é ver o sujeito na cadeia. O que posso fazer se tenho de tomar decisões antipáticas [...]* (Entrevista realizada com Fernando Tourinho Neto, (ex)presidente do TRF da 1ª Região, veiculada em vários sítios virtuais, em 17.02.2002).

Permito-me resumir o artigo escrito por José Saramago *Da justiça à democracia, passando pelos sinos* descrevendo cena do século XVI, onde os sinos tocavam ao longo do dia, dobrando melancolicamente a finados, ocasião na qual os aldeões vão à igreja e deparam-se com um camponês a aguardá-los. Surpresos, perguntam onde se encontrava o sineiro e quem era o morto? *O sineiro não está aqui, eu é que toquei o sino*, foi a resposta do camponês. Retrucado sobre eventual morte, o camponês respondeu: *Ninguém que tivesse nome e figura de gente, toquei a finados pela Justiça porque a Justiça está morta.*

Adentro o tema citando Eric Hobsbawn, ao afirmar que o Brasil é *um monumento à negligência social*; Konder Comparato, denunciando a *morte espiritual da Constituição* – apud Lenio Streck; Roberto Lyra, lecionando que *o direito é condição da existência da sociedade. As leis não são instrumentos de opressão de injustiças*; Rui Barbosa, concluindo que *não há salvação para o juiz covarde.*

A primeira lição tida na Academia, é que Direito e Justiça, não são sinônimos. Desapercebidamente poderia alguém afirmar que a assertiva é por demais óbvia. O abismo entre Direito e Justiça não me parece tão óbvio, afirmo pela simples observação do funcionamento do

Judiciário. Explico, quando pensamos nas palavras *Direito* e/ou *Justiça*, imediatamente buscamos como arquétipo sustentável a *Constituição* (essa deveria ser a lógica a ser seguida, especialmente por Juristas). Forço-me citar novamente Lenio Streck, ao cirurgicamente doutrinar: *assombra-nos o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos; [...] ou seja, no plano das práticas do Direito, continuamos a olhar o novo (Estado Democrático de Direito, constituição dirigente, direitos sociais, etc) com os olhos do velho (modelo de direito liberal-individualista-normativista).*

Qual o conceito (a)jurídico de Constituição? Poderíamos relembrar incontáveis doutrinas acerca do conceito, porém opto por comungar do *óbvio de que a Constituição constitui!* - apud Lenio Streck. Crível entender que a Constituição *constitui* determinado Estado (falo em sentido amplo), positivando o contrato social daquele povo. Prossigo, nossa Constituição revela-se Garantista (prefiro usar Garantidora), quando recepciona inúmeros Princípios Universais de Direito, assegurando-os em seus preceitos; não é novidade que nossa Constituição, está em patamar de superioridade em relação às demais leis, logo, estas devem obediência àquela (inclusive quanto aos seus Princípios), sob pena de inconstitucionalidade.

Relembro a doutrina referente aos princípios, citando*, as lições de Paulo Bonavides, para quem princípios valem, regras vigem, e Celso Antonio Bandeira Melo, que sustenta ser mais grave violar um princípio do que uma norma. Reforça, ainda, a lição de Souto Maior Borges, para quem a violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando por isso mesmo uma inconstitucionalidade de conseqüências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional.* - Apud Lenio Streck.

Por ser Garantista (Garantidora) nossa Constituição, necessária a reinterpretação de todo ordenamento jurídico infraconstitucional, especialmente naquelas aplicáveis ao direito (processual) penal – fenômeno conhecido como constitucionalização do direito penal. N*ão se trata apenas do conhecido fenômeno de constitucionalização do direito penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional próprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante.* - Lenio Streck apud Paulo Ferreira da Cunha.

Indago: como e porque, faz-se necessária a reinterpretação do ordenamento jurídico penal e processual penal? Respondo, a segunda pergunta, com simples argumento de que somente através da necessária reinterpretação, sustentar-se-(i)á o Constitucionalizado Estado Democrático de Direito. Em resposta à primeira indagação, presumo ser facilmente compreensível, que texto e norma não são sinônimos, portanto é legal (falo em sentido amplo) o Julgador, ao decidir (por Constitucionalmente Garantido) afastar texto de lei que não amolde-se à realidade social, e principalmente afastá-lo quando inconstitucional. Este simples raciocínio revela-se, fundamentalmente (por dogmático), Garantista.

Pauso para adentrar num ponto nevrálgico. O que é o Garantismo? De forma rasa, respondo tratar-se de modelo de política criminal, visando diminuir o poder punitivo (excessivo) do Estado, e aumentar a liberdade (garantias) do cidadão, proposto por Luigi Ferrajoli, ao idealizar o Sistema Garantista, estribado-o em dez axiomas básicos (relacionados à Pena, Pelito e Processo).

Sistema Penal, segundo doutrina Raúl Eugênio Zaffaroni, é o *controle social punitivo institucionalizado.* Entendido tal conceito, demonstro resumidamente o modelo sistematizado por Ferrajoli:

Quanto à Pena:

01. *Não há pena sem crime* (Princípio da Retributividade).
02. *Não há crime sem lei* (Princípio da Legalidade).
03. *Não há lei penal sem necessidade* (Princípio da Intervenção Mínima).

Quanto ao Delito:.

04. *Não há necessidade sem injúria* (Princípio da Ofensividade).
05. *Não já injúria sem ação* (Princípio da Exteriorização).
06. *Não há ação sem culpa* (Princípio da Culpabilidade).

Quanto ao Processo:

07. *Não há culpa sem sentença* (Princípio da Jurisdicionalidade).
08. *Não há sentença sem acusação* (Princípio Acusatório ou Inquisitório).
09. *Não há acusação sem prova* (Princípio do Ônus da Prova).

10. Não há prova sem defesa (Princípio do Contraditório e Ampla Defesa).

Evoluindo, compartilho de *o modelo de Estado Democrático de Direito implica a sujeição do político ao jurídico. As Constituições assumem um papel compromissário e dirigente. A liberdade de conformação legislativa fica sobremodo restringida, porque vinculada também materialmente ao texto constitucional. -* Apud Lênio Streck.

Apenas por prazer ao argumento, o Sistema Garantista vislumbra o atingimento de um *Direito Penal Mínimo/Direito Social Máximo* (parece-me lógica essa construção, vez que alcançado um direito social máximo, necessário - regulativamente - um direito penal mínimo). Julgo legítima a defesa desta tese, apesar da reticente rejeição por muitos juristas. Sem vaidosa pretensão quanto ao convencimento alheio, concluo que citada rejeição deve-se ao fato de que o modelo de política criminal, apresentado sob forma de Sistema Penal, proposto por Ferrajoli, evoluiu ao ponto de ultrapassar as fronteiras funcionais do Judiciário, restringindo (parcialmente) as atividades Legislativas e Executivas.

Desnecessário maiores argumentos, porém (por mera retórica – a*qui mais do que necessária*), permito-me relembrar (aos reticentes, leia-se teimosos) a conclusiva doutrina de Modesto Saavedra López: *La ley y las demás fuentes convencionalmente establecidas se les imponen como dogmas incuestionables, y su misión profesional les obliga a actuar como portavoces de un mensaje originado en otro lugar, en la sede en la que legítimamente reside la potestad para tomar decisiones jurídicas de alcance general en representación de la soberanía popular.*

Não posso (nem tampouco devo) permitir o *incesante badalar dos sinos;* creio que para *silenciá-los*, obrigo-me a partilhar essas necessárias reflexões. Aos teimosos; desejo-lhes bons sonhos, pois o *badalar dos sinos* (sabidamente) incomadoda!